prof. S. d'ANGELO

Il " ius quaesitum " nel diritto canonico

Estratto dalla Rivista " Il Diritto Ecclesiastico "
Anno XXIII — Disp. 365-366 Serie III — Fasc. 1-2
(Gennaio - Aprile 1922)

ROMA
TIPOGRAFIA AGOSTINIANA
Via Giustiniani, 15-16
1922

SOMMARIO: — 1) Bibliografia — 2) Can. 1 e 10 del Codice di D. C. — 3) Come si propone il problema — 4) Duplice punto di vista — 5) Diritto civile: *diritti acquisiti e aspettative* — 6) Teoria del *fatto compiuto* — 7) Teoria dello *scopo della nuova legge* — 8) Dir. Canonico — 9) Connessione fra i cc. 4 e 10 — 10) Irretroattività in Diritto Romano — 11) Interpretazione *verbale* e *logica* dei due canoni — 12) Nostra opinione — 13) Le osservazioni di un consultore della S. C. del Concilio — 14) Parole del Prof. Van Hove — 15) Il « *ius quaesitum* » in diritto pubblico — 16) Il « *ius quaesitum* » in diritto privato — 17) Irretroattività ed eccezioni — 18) Diritti quesiti in materia: 1° di rescritti; 2° di voto e giuramento; 3° in materia legislativa, così amministrativa che giudiziaria, con applicazioni — 19) Conclusione.

1. — In quasi tutti i commentari del Codice di D. Can. si riscontra una certa tendenza a sorvolare su questioni pratiche, cui il testo nella sua interpretazione non rare volte dà luogo, questioni che richiederebbero ben altra attenzione nel vagliarle e ben altro coraggio nell'esporle. Ne segue che, accontentandosi gli Autori di riportare le stesse parole del Codice, sia pure sottolineate o in carattere corsivo, i problemi più ardui spesso spesso non vengono notati, nè discussi, nè, conseguentemente, mai risoluti. E' una dolorosa constatazione di difetto di metodo, dovuto forse ad eccessiva virtù e modestia, ma che, senza dubbio, porta ad un increscioso arrestarsi della scienza giuridico-canonica; difetto tanto più impressionante, quanto più diffuso: si scorge, di fatto, persino in opere, per altri lati e sotto altri aspetti, apprezzatissime. Avviene così che anche la importanza concettuale della espressione « *ius quaesitum* » nel Codice di D. C. sia sfuggita all'esame profondo dei canonisti odierni, cosa che non avvenne punto per i civilisti, i quali scrissero su tale argomento opere pregevolissime, fin dal primo pubblicarsi dei vari Codici. Tutta la bibliografia canonica, perciò, si riduce a pochi accenni dati qua e là da qualche scrittore, fra i quali piace ricordare C. BA-

DII, *Institutiones I. C., I*, 47 *d.*; TOSO, *Ad Cod. I. C. commentaria minora, cc.* 4 et 10; VERMEERSCH-CREUSEN, *Epitome I.* 24 et 45; VOTUM *consultoris* in S. C.C. *Cuneen et Utinen — Praecedentiae*, 17 *Maggio* 1919 (in A. Ap. S., XI, 149 seq. e *Monitore Eccl.* XXXI, 297).

2. — Passando dallo stato bibliografico all'esegetico, si abbiano presenti i due canoni fondamentali che devono più da vicino riguardarci. — CAN. 4: « *Jura aliis quaesita, itemque privilegia atque indulta quae, ab Apostolica* « *Sede ad haec usque tempora personis sive phisicis sive moralibus concessa,* « *in usu adhuc sunt nec revocata, integra manent, nisi huius codicis canoni-* « *bus expresse revocentur* ». — CAN. 10: « *Leges respiciunt futura, non* « *praeterita, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur* ».

Come si vede i diritti acquisiti hanno una certa relazione con il carattere della irretroattività della legge, carattere che trova il suo fondamento nella natura stessa della legge, specie se ecclesiastica perchè eminentemente morale. La legge, di fatto, è regola e norma, come ben nota Lacroix (Theol. mor. I, 568), e come tale non può riguardare anche il passato, « quia materia « alicuius regulae non est effectus iam factus, nam ad illum nihil conferre « potest; lex autem est regula actus; ergo non potest habere pro materia « actum praeteritum ». SUAREZ, I, 14, 1.

3. — Sorge allora una domanda: che cosa è da ritenersi di tutti quegli atti compiuti a norma di precedenti disposizioni abrogate dalle nuove? Da una parte il timore, che i diritti, validamente acquistati sotto l'impero di una legge vigente, possano essere distrutti da una nuova legge, non darebbe sicurezza alcuna all'ordinamento stesso, e gli atti più importanti della vita sarebbero inceppati da timore di tal sorte; dall'altra però, non è da esagerare sino al punto da indurre nel suddito una sicurezza assoluta che la legge debba essere eterna ed immutabile. Tutti ne riconoscono la mutabilità che trova la sua sanzione nell'assoluta potestà del Legislatore e la sua opportunità nelle contingenze storico-sociali. E allora nuove domande: sino a quale punto potrà ammettersi che una vecchia legge possa venire applicata, essendo già in vigore la legge nuova? E in base a quali criteri potrà trarsi una linea di separazione fra la rispettiva opera di applicazione delle due leggi? Io credo che, come nel campo civile, così anche nel canonico questo sia uno dei più gravi problemi scientifici, non scevro di difficoltà: problema che merita tutta l'attenzione degli studiosi. Esso si riduce ad esaminare gli effetti della legge *nel tempo*.

4. — Questo problema dei limiti della legge *nel tempo* può essere studiato da un punto di vista filosofico per rivolgere consigli al legislatore, ovvero da un punto di vista positivo per aiutare l'interprete della legge; dalla confusione del doppio lato, legislativo cioè e positivo, può derivare almeno oscurità. Che vi debbano essere e che in realtà vi siano diritti da venire riconosciuti come acquisiti, non violati cioè dal nuovo Codice, questo, diremo con lo Stahl, *Rechts-und Staaslehre*, III, § 175, il quale si riferiva allo Stato, è proprio della personalità indipendente che l'uomo conserva anche

nella società; ma il determinare quali diritti sono rispettati come quesiti è proprio del diritto positivo, e solo da questo può essere dedotto. Dalla cennata confusione è nata tutta la serie di differenti teorie fra i civilisti, nei quali ancora si desidera un accordo di opinioni.

5. — Per quel che riguarda il diritto civile vigente una dottrina assai diffusa cerca risolvere ogni pratica difficoltà distinguendo fra *diritti acquisiti* e semplici *aspettative*. Secondo questa dottrina, i diritti acquisiti in base alla legge vecchia vanno rispettati dalla nuova, il che equivale a dire che vanno giudicati e trattati in conformità alla legge vecchia. Non così invece dovrebbe dirsi delle semplici aspettative fondate sulla legge vecchia, queste verrebbero distrutte dalla legge nuova. Certo se fosse possibile trarre una linea sicura di distinzione fra i due concetti, questa dottrina si imporrebbe. Ma basta dare uno sguardo alla relativa letteratura giuridica per persuadersi che la scienza non è ancora riuscita finora a risolvere in modo soddisfacente questo problema pregiudiziale. Sono innumerevoli, di fatto, le definizioni date sia del diritto acquisito che della semplice aspettativa. Il Gabba, nella sua magistrale opera, la migliore fra noi, « *Teoria della retroattività delle leggi* », I. 143 sq. ne fa un'acuta esposizione critica, come anche il Coviello, *Manuale di D. civile*, *I*, 99. sq. e il BAUDRI-LACANTINERIE, *Trattato teorico- pratico di D. Civ. I*, 104, dove si premette una ricca bibliografia. I più importanti casi pratici, poi, cui questa materia dà luogo, sono causa di innumerevoli e gravi divergenze, e così avviene spesso che i seguaci di questa dottrina facciano ricorso, per superare le singole difficoltà, ad altri elementi e considerazioni, riconoscendo con ciò stesso la insufficienza della fondamentale distinzione dalla quale prendono le mosse (Cfr. BRUGI, *Ist. di D. civ.* Fondamentali: LASALLE, *System der ervorbemem Rechte*, di cui si ha una trad. in francese; CAVAGLIERI, *Dir. intern. priv. e dir. trans.*, e *La teoria dei dir. acq. in due rec. op. di dir. int. priv.*).

6. — Un'altra dottrina che ha pure autorevolissimi propugnatori, e che suole indicarsi come *teoria del fatto compiuto*, parte da un altro criterio. Essa ritiene che il principio della così detta irretroattività della legge nuova vada inteso nel senso di riserbare al dominio della legge vecchia l'intera disciplina di tutti gli atti giuridici (atti, omissioni, stati) che siano stati posti in essere mentre essa era ancora in vigore. Ma anche qui non mancano di seri dubbi quando si prendono in considerazione non già fatti istantanei, ma fatti complessi o continuativi, in cui, per esempio, il primo elemento costitutivo sia posto sotto il regime vecchio, e l'ultimo sotto il nuovo: si pensi a un testamento validamente fatto secondo le leggi antiche e alla morte del testatore nel nuovo ordinamento. Nè basta: dubbi ancora più forti restano intorno alle conseguenze stesse dell'atto compiuto.

7. — Una terza dottrina, già sostenuta per l'addietro da autorevolissimi civilisti, ripresa ed egregiamente svolta dal compianto Prof. V. Simoncelli, *Sui limiti della legge nel tempo*, negli scritti in onore di V. Scialoia, I, 335, sg., è quella che, anzichè partire dall'idea comune alle due precedenti se-

condo le quali la vecchia legge dovrebbe conservare un certo dominio per forza sua propria, parte invece da un'altra constatazione. Ogni nuova legge, si insegna, può estendere pieno ed illimitato dominio su tutti quei rapporti che, per non essere stati già regolati da sentenze passate in giudicato o da transazione ,possono ancora formare oggetto di giudiziaria controversia. Ecco come il Prof. Pacchioni, che aderisce a questa dottrina, in *Elem. di D. Civ.*, n. 42, p. 58, ce ne presenta i caratteri: « Secondo questa dottrina la retroattività non sarebbe qualche cosa di eccezionale; essa sarebbe al contrario il principio supremo in materia legislativa, e la irretroattività non ne esprimerebbe che il limite nel campo del diritto privato. Questo limite — dovuto a considerazioni di evidente opportunità — consiste nel lasciare ancora applicare l'antica legge a tutti i rapporti sorti mentre essa era in vigore, ove da tale concessione non resti compromesso lo scopo della legge nuova. Per decidere quindi se ad un dato rapporto, sorto mentre era in vigore una data legge, si debba applicare questa a preferenza di altra nuova entrata in vigore successivamente, bisogna aver riguardo *allo scopo della legge nuova*. Finchè questo scopo può essere raggiunto senza sottrarre i rapporti già costituiti alla disciplina della legge sotto la quale vennero costituiti, e che diede loro, per così dire, la propria impronta, gli è questa legge che si deve loro applicare. Ed è giusto che la si applichi ancora, perchè può ammettersi che essa sia ancora la più rispondente alla natura del rapporto, e perchè, a decidere altrimenti, si verrebbe a scuotere quella fiducia nella garanzia delle leggi vigenti che è condizione imprescindibile di ogni ordinamento giuridico. Ma ben altrimenti si presenta il caso quando la legge nuova tenda ad uno scopo il quale non possa (o non possa efficacemente) venir raggiunto, ove si lasci ancor applicare (in parte o in tutto) l'antica legge. In questa ipotesi l'interesse del singolo deve cedere di fronte all'interesse generale; nè è più a temersi che resti scossa la fede nella certezza della legge, giacchè è ben risaputo che quando ragioni di interesse pubblico lo esigono il singolo deve sapersi sacrificare. Concludendo dunque, secondo questa dottrina, il criterio per decidere se una data disposizione di legge debba o non debba aver effetto retroattivo, lo si deve ricercare nella natura propria della disposizione stessa ».

Come si vede la cosa è tutt'altro che chiara, almeno per quello che si riferisce al diritto civile, e perciò il timore del Planiol, *Droit civil, I*, 241 nel ricercare la nozione esatta di ciò che possa comprendersi sotto il nome di diritto quesito è legittimato dalla constatazione che, sia in dottrina sia in giurisprudenza, una tale espressione non risponde a nulla di definitivo.

8. — Che cosa è da ritenere quindi, per quel che riguarda il Diritto Canonico e il nuovo Codice? — Si premetta un'osservazione. Quando si passa da tutto un complesso regime legislativo ad un altro, si sente l'assoluta necessità di emanare apposite disposizioni transitorie, con le quali si regolano specialmente quegli atti che si troverebbero infra duo.

Non è necessario però avere leggi o decreti speciali per questo, come ha fatto il legislatore italiano per l'attuazione dei vari codici pubblicati,

basta che nel testo stesso si abbia una guida per le soluzioni necessarie; e il Codice contiene una tal chiave ossia guida nei due canoni citati.

9. — I canoni 4 e 10 da alcuni si considerano collegati tra loro con questo nesso: il 10 enuncierebbe un principio, richiesto dalla logica e dalla giustizia, un principio, cioè, di massima: « *Lex non respicit retro* », la legge non ha forza retroattiva; il 4, invece, sarebbe una eccezione di detto principio. Pur ammettendo, in linea generale, una simile relazione logica, a me pare che l'uno e l'altro canone, nella loro indipendenza, contenga due principi diversi, con diverso valore, se non logico, almeno giuridico. Il can. 4 pare abbia la forza di una disposizione transitoria diretta a regolare quei rapporti già sorti nell'antico ordinamento: la legge non toglie il *ius quaesitum* se non viene espressamente revocato. Il canone 10 invece emette un principio generale, stabile, logicamente collegato col primo, ma da esso del tutto indipendente: la legge non ha forza retroattiva, se di ciò non si faccia esplicita menzione. Anche il can. 4 quindi è una eccezione al principio stabilito nel can. 10, in quanto il Legislatore riconosce un effetto retroattivo alla legge nuova, perchè estende il riconoscimento anche sugli atti compiuti precedentemente, ma questa eccezione non in forza del medesimo can. 10 (*nisi*), bensì per necessità di cose e per motivi di retta amministrazione. Induce a questa interpretazione sia il confronto col Diritto Romano, che giustamente dai canonisti va annoverato tra le *fontes cognoscendi* del Diritto Canonico, sia la interpretazione verbale dei due canoni, sia la loro logica applicazione.

10. — Il Diritto Romano contiene esplicitamente il principio della *irretroattività*: « quum conveniat leges futuris regulis imponere, non praeteritis calumnias excitare » (l. 65 C. 10, 31), e più esplicitamente nella l. 7, C. 1, 14: « Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit ». Nella quale legge, presa la parola *negotium* nel senso di qualunque fatto o negozio o relazione giuridica, come tiene il Kierulff, si ha la distinzione tra fatti consumati e fatti pendenti (aspettative o speranze). L'altro principio *limitativo*, però, di cui il can. 4, e cioè del rispetto a diritti già acquistati, non è così chiaramente e generalmente enunziato; ma può ben dedursi, col Weber, da non pochi testi che sarebbe troppo lungo qui riferire. A noi basti ricordare che la stessa legislazione giustinianea fu messa in vigore retroattivamente, tutta quanta secondo il Gabba, o almeno solo quanto alle Istituzioni e alle Pandette secondo il Bergmann e il Krueger (l. 2, § 23 C. 1, 17). E tutte le legislazioni, come espone il medesimo Gabba, han seguito la stessa via. Si possono consultare Ferrini, *Pandette*, pag. 42 sg. e Pacchioni, *Corso di Dir. Rom.*, *II*, 17.

11. — La stessa interpretazione *verbale* dei canoni inoltre porta all'ammissione di un doppio principio, diversamente i due *nisi* costituirebbero una contradizione enorme, riferendosi a leggi generali con presunzione di solo diritto in senso inverso. Nel can. 4, di fatto, la presunzione sta pel rispetto ai di-

ritti quesiti e quindi per la *retroattività* della legge contro la quale, per aversi il contrario, si richiede una espressa revoca (*expresse revocentur*); nel can. 10 invece la presunzione sta per la *non retroattività*, contro la quale per aversi il contrario, si richiede esplicita menzione di forza retroattiva (*nominatim*). Ora, se così non fosse, la conclusione *logica* sarebbe questa: essendo il can. 4 una vera eccezione al principio contenuto nel can. 10, occorre una esplicita menzione perchè il diritto quesito sia conservato; se questa manca, manca il fondamento perchè esso venga rispettato. E si cozza, così alla chiara e nulla affatto equivoca disposizione del can. 4, il quale, invece, ritiene doversi attenere al diritto quesito, pur se questo è contrario alle nuove disposizioni, fino a che non vi sia espressa clausola revocante.

12. — La cosa è chiara; così resta risoluto il problema anche dal lato filosofico e legislativo. La forza giuridica agli atti già compiuti sotto il regime antico, al mutarsi di questo, proviene loro non già dalla legge antica, oramai abrogata, ma dalla nuova che estende il suo riconoscimento puranco sull'antica. Appariscono, così, poco esatte le definizioni che dei diritti acquisiti ci dànno il Badii, l. c.: diritti acquisiti « ea sunt, quae vi anteriorum legum immediate vel mediate... alicui competunt », e il Toso l. c.: « iura quaesita sunt quae factis iuridicis acquiruntur »; esse sono, quando mai, difettose, nel senso che manca la menzione della causa formale. Più chiara, invece, pare la spiegazione dell'illustre P. Vermeersch, *l. c.*: « Nullum ius quaesitum ex ipsa lege priore, qua tali, seu immediate exoritur. Lex enim cognoscebatur mutabilis; et quod in sola lege fundatur cum fundamento seu lege necessario ruit iuridice... Sed habetur ius quaesitum, cum titulus diversus a lege, v. g. contractus, appellari potest ad firmandam aliquam conditionem iuridicam, aliquem honorem seu privilegium ». Anche qui però — e lo permetta l'insigne maestro — pare troppo lata l'affermazione e troppo ristretto il campo dell'applicazione: si ammette che la forza legale provenga al ius quaesitum non già dalla legge antica, la quale cade col nascere della nuova: ma pare non possa in forma assoluta ammettersi pel giuridico riconoscimento del ius quaesitum, ch'esso si fondi esclusivamente su di un titolo diverso dalla legge. Chi, p. e., negherà il rispetto ad un diritto acquisito da un parroco di fare esclusivamente una funzione parrocchiale, quando anche il suo titolo si fondi su di una legge antica, ora abrogata, che avesse ritenuto quel tal caso come una sua eccezione? Perchè poi non sarebbe strana nè ipotetica la connessa questione: fino a quale punto, coll'abrogazione di una regola vengono abrogate anche le eccezioni di quella regola stessa; della quale questione fa menzione il WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, *I*, 87.

13. — Nè pare abbiano grande valore scientifico le osservazioni del Consultore nella citata causa *Cuneen-Utinen*, quantunque praticamente giuste. Ecco come egli si esprime al l. c.

« Praetera can. 4 de non sublandis per Codicem iuribus quaesitis, in eo habet fundamentum, quod lex, per se, non agit retrorsum, seu non habet vim retroactivam uti dici solet quum respiciat futura, non praeterita

prouti habet c. 10. Id tamen non significat generatim legem non posse in futurum supprimere ius quod quis habet dum illa promulgatur, sed tantum non posse eam tollere in futurum ius quod quis, dum lex promulgatur, habet *dependenter a facto praeterito*, dum bene potest tale ius tollere in futurum si sit *independens* ab aliquo facto praeterito. Ita v. g. *diaconus* qui ante Codicem accepit collationem paroeciae, habet ex facto praeterito collationis ius quaesitum in paroeciam: quamobrem lex can. 453 exigens ad officium parochi *sacerdotium* et auferens diaconis capacitatem ad tale officium profecto nequit auferri tale diacono capacitatem: eo ipso quia nequit agere retrorsum, nequit ius quaesitum tollere, dum ageret retrorsum tolleretque ius quaesitum si auferre praetenderet capacitatem dependentem omnino a facto praeterito. E contrario vir constitutus in XV aetatis anno in Vigilia Pentecostes anni 1918 habilis erat ad contrahendum matrimonium, quam habilitatem sustulit profecto in sequenti die Codicis can. 1067 exigens XVI aetatis annum. Agebatur enim de supprimendo, in futurum, ius *nullo modo dependens* a facto praeterito; ideoque lex illam habilitatem tollens, nequaquam egit retrorsum, nec sustulit quaesitum ius. Ratio namque cur iuvenis XV annorum sit inhabilis ad matrimonium est *praesens* eius aetas, non factum praeteritum quia nullo unquam tempore, quispiam ius habet quaesitum ad matrimonium ante aetatem *a lege ipsa* permissam. A pari, in nostro casu, qui, cum sit prima dignitas Capituli, habebat praecedentiae ius in choro super Vicarium Generale, ita disponente lege quae tunc vigebat, hodie, mutato hoc iure et sancita praecedentia Vicarii Generalis, etiam super dignitatibus, idem illa quamquam sit et maneat prima dignitas, iam nequit praetendere praecedentiam quam habebat; quia nimirum hoc ius per legem fuit in futurum sublatum independenter a facto praeterito vero per solam legis mutationem; quum numquam prima dignitas habuerit praecedentiae ius super illis quos lex ei quoad praecedentiam anteponeret. Id manifestius quoque, si oporteret, redderetur considerando quod si argumentum istud de iure quaesito non tollendo in casu valeret, valeret pro omnibus et singulis Capitulis, et ideo in nullo Capitulo locum haberet praescriptum can. 370. Enim vero in omnibus et singulis Capitulis, prima dignitas in functionibus choralibus et Capitularibus, super Vicario Generali qui ut simplex canonicus accederet, praecedentiam habebat ante Codicem ».

Adunque, secondo l'illustre Canonista l'elemento caratteristico distintivo per stabilire se un diritto quesito debba oppure no essere rispettato, sarebbe la dipendenza o meno, nell'atto della pubblicazione della nuova legge, da un fatto giuridico anteriore alla legge stessa. Or questo non pare possa e debba ammettersi come norma generale certa. Che fondamento di un diritto quesito debba essere la sua dipendenza da un fatto giuridico passato non può mettersi in dubbio, ma che ogni dipendenza da un fatto giuridico passato debba costituire senz'altro un diritto quesito, questo è che non apparisce chiaro: nè un solo esempio addotto, sia pure logicamente, è per sè sufficiente a generare una regola o norma universale assoluta.

14. — Ascoltiamo l'illustre Van Hove, Professore insigne in Lovanio, il

quale, collaborando con P. Vermeersch, Professore nella Pontificia Università Gregoriana di Roma, così si esprime (Cfr. VERMEERSCH, *l. c.*): « Ius quaesitum tollitur, si propter factum suum praeteritum, seu non observatam legem novam, quispiam incommodum, detrimentum patiatur. Nullum vero tollitur ius quaesitum, si lex ei applicatur quia independenter a facto suo praeterito, in requisitis applicationis condicionibus versetur ».

Neanche questa osservazione, praticamente giusta, enuncia una norma generale interpretativa sicura, perchè poi anche l'abrogazione di un'aspettativa, ad esempio un negozio in via di prescrizione, in via usucapiendi, come si esprimevano i Romani, specie se acquisitiva, importa sempre un certo detrimento e incomodo in chi, al sopraggiungere della nuova legge, si vede tolta ogni speranza da essa. Neppure l'*incommodum* e il *detrimentum*, quindi, pare bastevole a stabilire la demarcazione fra diritti quesiti da conservarsi o no.

Salvo migliore giudizio, io crederei che anche in Diritto Canonico la dottrina più ammissibile sia quella sostenuta dal Simoncelli, menzionata di sopra: non basta un *titolo diverso* dalla legge, nè la *dipendenza* da un fatto giuridico anteriore, nè il dannoso incomodo per stabilire e decidere se ad un dato rapporto, sorto sotto l'ordinamento antico, deve applicarsi o no il nuovo, entrato in vigore posteriormente; oltre al titolo, alla dipendenza e al danno bisogna aver riguardo *allo scopo della legge nuova*.

Se detto scopo può raggiungersi senza estendere la efficacia anche sui rapporti già costituiti secondo l'antico ordinamento, sarà bene non applicare il nuovo; non così se la legge nuova tende ad uno scopo che non possa, almeno efficacemente, venir raggiunto ove si lasci l'applicazione totale o parziale dell'antica legge, e ciò in vista del bene pubblico. Teoria, questa, che solo implicitamente è contenuta nel ragionamento del dotto consultore, e nella seguente giusta osservazione del P. Vermeersch: « Etimologice, ius quaesitum idem est quod ius acquisitum. Ius autem respicit bonum quodpiam seu rem ad aliquam personam relatam ei subordinatam, ei servientem, idque aliqua ratione inviolabili. Inviolabilitas tamen non est semper tanta ut non cedat utilitati communi, ac proin ut ab eo qui curam habet boni communis neglegi nequeat ».

15. — Per quel che riguarda il *diritto pubblico* ecclesiastico, la espressione « ius quaesitum » ha altro significato, che gioverà ricordare. Essa si riferisce al vincolo obbligatorio e si oppone a diritto *precario* e a diritto *stretto*: è come il trait-d'union fra l'uno e l'altro, in quanto mentre il diritto precario è quello che dipende dalla volontà e dall'arbitrio del concedente e lo stretto diritto è quello che è dovuto per stretta giustizia commutativa, il quesito è quello che ha della giustizia nei rapporti dei terzi, e dall'arbitrario da parte del concedente.

Ricorre tal menzione specialmente in materia di Concordati.

Ecco come il ch. Wernz, *Ius Decretalium*, *I*, 171, nota 107, si esprime: « Sane inter se differt *a*) *ius* mere *praecarium* (Cfr. SCHMALZGR. III. 14 « de praecariis), quod consistit in facultate *vero pacto* non concessa et ad

« arbitrium concedentis *licite et valide* revocabili; cfr. SUAREZ, De Virt. et « stat. relig. tract. VII. l. 8. c. 5. n. 29, ubi bene dixtinguit meram *licentiam* « *a stricto iure*, quod vocat illud, quod homini inest ut *proprium*, quo suo « nomine operari potest, quod est obiectum *iustitiae commutativae* et sine « iniustitia *involuntarie* ab illo auferri non potest; *b*) *ius quaesitum* (cfr. « Reg. Conc. Ap. 18 de non tollendo ius quesitum et *Riganti* in hanc regu- « lam 18 et Scherer, p. 138. n. 7), quod in *tertias* personas est ius omnino « *strictae iustitiae commutativae*, at in *ipsum* concedentem Romanum Ponti- « ficem quamvis praesertim in laicis principibus et patronis et propter concor- « data vel promissiones *maiorem* habeat *firmitatem* quam ius mere praeca- « rium, tamen *strictum ius ex iustitia commutativa* non est et *sine causa* « per Romanum Pontificem saltem *valide* tolli potest (cfr. *Hammerstein*, « p. 219 sq.): *c*) *ius strictum* ex vera *iustitia commutativa* debitum ita fir- « miter domino inhaeret, ut *ipsi invito* i. e. absque ipsius consensu *ordina-* « *rie valide auferri* non possit, imo interdum simpliciter sit *inalienabile*. Cfr. « *Lugo*, disp. 1. n. 2, seq. disp. 23, n. 14; *Suarez*, l. c.: *Ballerini-Palmieri*, « Opus theol. mor. t. III. p. 548; *Cathrein*, *I*. 454 sq.: *d'Annibale*, *II*. 127, « quod nostrum ius dominii in rem *nobis invitis* regulariter a nobis discedere « non possit ».

16. — In DIRITTO PRIVATO, sotto il punto di vista positivo, non è difficile la classificazione dei casi, i quali peraltro vanno considerati o come *eccezioni* al principio generale della irretroattività della legge, di cui si fa parola nel can. 10, ovvero come *applicazioni* dell'altro principio enunciato nel can. 4: « la legge non toglie il ius quaesitum ». Questo secondo principio, indotto per motivo di ordine pubblico, può, nella sua pratica applicazione, considerarsi come un corollario o conseguenza del primo, senza peraltro vedervi quella necessaria concessione logica, che induce non un solo Autore ad ammettere un assoluto parallelismo.

17. — In ogni legge la presunzione sta per la sua NON RETROATTIVITA': occorre una esplicita menzione in senso contrario perchè il suo contenuto si estenda anche sugli atti passati. Il can. 10 è chiaro: « *Leges respiciunt futura, non praeterita, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur* »; il suo tenore, poi, è detratto dalle Decretali, in cui è detto (c. 13, X. I. 2): « Cum leges et constitutiones futuris certum sit dare formam negotiis non ad praeterita facta trahi: nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur ».

Perciò dicevo *presunzione*: la quale, peraltro, essendo di solo diritto (iuris tantum) ammette benissimo delle eccezioni. Tra queste precipua deve aversi il caso della *legge certamente, strettamente e puramente declaratoria* o *interpretativa*, coartata nei limiti, di cui nel can. 17 § 2. S'intende, poi, come la retroattività stessa, in tutti i casi eccettuati, vada considerata nei riguardi non degli atti già posti — quod factum, infectum fieri nequit — bensì degli effetti, di cui il legislatore può disporre. Segue che quanto allo effetto primario di ogni legge ecclesiastica, l'obbligazione cioè, la forza retroattiva non può mai verificarsi: dalla possibilità quindi di avere eccezioni vanno escluse le leggi *precipienti* o *proibenti*.

L'eccezione però può ben darsi:

1. Nelle leggi *irritanti o rescindenti*, circa gli effetti dell'irritazione o annullabilità; occorre peraltro la materia adatta e la manifesta intenzione del Legislatore. Cfr. c. 13, X, I, 2; c. 4, § 1, 15 in 6°; Suarez, *l. c.*, n. 11; Oietti, *Sinopsis*, 3258; etc.

2. Nelle leggi *inabilitanti* o *inducenti* irregolarità o impedimenti. Cfr. Maroto, *l. c.*, 184 c.

3. Nelle leggi *penali*, circa l'effetto della pena. Questo che non è possibile nel regime civile, è possibile nell'ecclesiastico purchè vi sia stata una effettiva trasgressione di legge divina o anche umana già in vigore senza annessa pena. Su tale importantissimo argomento speriamo di tornare quanto prima sulle colonne di questa Rivista.

18. — All'introdursi di un ordinamento giuridico, la presunzione sta pel rispetto *ai diritti quesiti* a norma dell'ordinamento antico; occorre una espressa revoca perchè non sia così. Il can. 4 è chiaro: « *Iura aliis quaesita quae...... in usu adhuc sunt nec revocata integra manent, nisi huius Codicis canonibus expresse revocentur* ». Sarebbe bastata la enunciazione di un tal principio per aversi la guida nella soluzione dei casi pratici: perchè un diritto quesito non sia rispettato occorre una *espressa revoca*. Dal che segue che la menzione nel Codice sarebbe occorsa solo se non si avesse voluto conservare un tale diritto. Invece qualche volta si verifica il contrario: cfr. p. e. i cc. 774 § 1, 1313.

Si può parlare di diritti quesiti in un triplice caso, in materia cioè di rescritti, di voti o giuramenti, e in materia legislativa.

1) In materia di *rescritti*, questi si presumono non concessi contro un diritto quesito alieno, il quale va riconosciuto e rispettato se venne acquistato in virtù non solo di legge generale e, a fortiori, di patto o contratto, ma anche di consuetudine, di statuto particolare o di altro rescritto precedente (cc. 46; 48 § 2; 60).

2) In materia di *voto o giuramento*, in cui la dispensa che arrecherebbe lesione di un diritto quesito viene riservata alla S. Sede (cc. 1313; 1320). Piace quanto scrive a tale riguardo il P. Vermeersch, l. c., n. 45. « In materia *voti*, ius quaesitum habetur in votis in quibus intercedat quaedam ratio contractus onerosi, ut in votis religiosorum; et in votis acceptatis a tertio ed principaliter in eius utilitatem facti. Si enim honor Dei fuit principalis causa obligationis, alter non acquisivit iura nisi dependenter a Deo, cui promissio servanda est: et quod homini debetur cessat tunc, tamquam accessorium, cum obligatione principali quae est erga Deum. Ac per se intuitus colendi Deum censetur principalis, cum promissio mere gratuita accedit ad votum; seu cum promissio homini facta non est nisi fidelitatis: fidelitatis obligatio nullum ius creat. Ut si, pro beneficio accepto, voveas aliquod domum annuum missioni quae praestationem acceptet. In relaxatione iuramenti ius quaesitum laedi potest, si iuramentum confirmet obligationem erga alios qui eandem remittere recusent (c. 1320) ».

3) In materia *legislativa* non mancano dei casi complicati. Per maggiore chiarezza gioverà distinguere a seconda che si tratti di applicazione di diritto amministrativo ovvero di diritto giudiziario.

I. In materia AMMINISTRATIVA, quando altro indice sicuro mancherà per la pratica applicazione della nuova legge anche sui diritti quesiti (1), il criterio direttivo, con valore suppletivo, è quello già da noi ammesso: *aver riguardo allo scopo della legge nuova*. E così:

a) Lo *stato* personale dipendente dall'età, dall'origine o dal domicilio va regolato dall'ordinamento nuovo. E' per questo che l'adolescente di 15 anni non può più contrarre matrimonio, nè il minore ritiene più il domicilio già avanti il Codice acquistato. Il motivo per noi è ovvio, in quanto tutti sono d'accordo nel ritenere che le leggi riguardanti la capacità delle persone sono, per regola, d'ordine publico. Lo stesso si sarebbe dovuto dire dei *rapporti famigliari*, qualora fossero stati ex novo regolati dal nuovo Codice.

b) Se la nuova legge modifica le formalità da precedenti leggi richieste per la validità di un testamento o di un qualsiasi altro negozio giuridico, son d'avviso che la nuova legge non possa venire applicata, se quelli vennero eretti o conchiusi in conformità delle leggi anteriori, e ciò anche quando si siano perfezionati dopo il nuovo ordinamento. La ragione si è che simili prescrizioni sono di ordine privato, essendo rivolte a meglio garantire gl'interessi e *tempus regit actus*. Nè persuade troppo la distinzione fra atti assoluti e revocabili o iterabili.

c) Circa gli *effetti legali* dei negozi giuridici la teoria accolta dà un criterio che serve meglio di ogni altro a risolvere i problemi che si presentano in pratica. Se il Codice modifica gli effetti da precedenti leggi attribuiti a determinati mezzi, la risposta al quesito: quale, in tale ipotesi, abbia da essere il trattamento da farsi a negozi già validi ma che non abbiano ancora prodotti tutti i loro effetti entrando questo in vigore, non può essere unica ed assoluta. Tutto dipenderà, anche qui, dalla natura e dallo scopo della legge nuova e dal determinare se, nel proibire quei dati effetti di quel dato negozio giuridico, il Codice sia stato mosso da considerazioni di ordine privato o di ordine pubblico. Sembra perciò troppo generale, e non corrispondente sempre al vero, l'asserzione del Prof. Van Hove, riferita dal Vermeersch, *l. c.*: « Sed a momento novae legis, efficacia actus validi per se ex nova lege aestimanda erit. Supponas incapacitatem novam induci pro

---

(1) Si noti peraltro, come anche quando il Codice faccia esplicita menzione dei *diritti quesiti*, non manchi motivo di proporre questioni sotto altro punto di vista. Così, ad esempio, nel can. 771 § 1: « quaelibet paroecialis ecclesia revocato ac reprobato quovis contrario statuto vel privilegio vel consuetudine baptismalem habeat fontem, salvo legittimo iure cumulativo aliis ecclesiis iam quaesitis ». Qui si parla di diritto quesito, ma di *diritto cumulativo*; quid se si tratta di diritto *esclusivo* quesito? Sarebbe davvero strano, se, secondo suonano le parole, dovesse rispettarsi un diritto *cumulativo* sì, e non un diritto *esclusivo*, che giuridicamente vale molto più del primo.

religiosis professis. Incapacitate ista qui ante novam legem sunt professi, attingentur ». L'esempio addotto poi si può piuttosto riferire allo stato personale (1).

c) Speciale consideazione merita il caso *della consuetudine* e *della prescrizione*, perchè può ben avvenire che esse siano già cominciate con tutti i necessari requisiti, ma che al sopravvenire della nuova legge non siano perfezionate dal tempo richiesto; i Romani dicevano « *in via usucapionis esse* ». E qui i casi possono essere moltissimi, some espone il Savigny, *System* § 391. Se la nuova legge le abroga, senz'altro vanno rigettate; se ne introduce nuove con estendere antiche prescrizioni ad altri casi, il possesso o quasi possesso comincia da ora ad essere giuridicamente capace e sufficiente; se stabilisce un modo di interruzione, va applicato; se protrae il periodo di tempo capace va prolungato, se invece lo diminuisce è in libertà di seguire l'antica o la nuova disposizione; che se dall'applicazione della nuova ne debba derivare un ingiusto danno nel soccombente, la prescrizione deve di nuovo cominciare. Insomma nei fatti giuridici in cui il tempo è elemento essenziale ma intanto non è completo al sopravvenre di una legge nuova, questa esercita subito la sua azione, eccettuato il caso di un tempo coartato, in cui non è da ammettersi una ingiustizia nei danni degl'interessati. Uno dei casi sarebbe quello della prescrizione quadragenaria delle azioni per beni immobili ecclesiastici ridotta dal can. 1511 § 2 a trenta anni.

Si potrebbe proseguire nella esemplificazione applicativa del principio, ma, congrua congruis referendo, si può all'uopo consultare il *Trattato teorico-pratico di Dir. Civ.* del Baudy-Lacantinerie, I 140 sg.

II. In materia GIUDIZIARIA trova anche la sua applicazione la teoria esposta:

a) Circa le azioni: 1. un'azione proposta prima del Codice che la dichiara inammissibile, non viene colpita dalla disposizione ultima. « Actiones... semel inclusae in iudicio, salvae permanent », così Gaio nella legge 139 D. 50,17; 2. se invece non venne proposta, la cosa potrebbe apparire dubbia, e, di fatto, nel dritto civile v'è questione e divergenza fra gli Autori; Werber nega che possa più proporsi, Gabba, I. 316 e Mattirono, *Trattato*

---

(1) Lo stesso è a ritenere circa i *diritti condizionali* sorti sotto l'impero di una legge anteriore; è comune opinione degli Autori che essi non possono essere regolati dal sopravvenire di una legge nuova, sotto il cui impero ha luogo l'avveramento della condizione. Così Gianturco *Sistema*, I. § 12; Gabba, l. c. I, p. 230; Fiore *Disposizioni Generali del cod. civ.*, n. 349; Bianchi-Faggella, *Corso del Cod. civ. ital.*, II, p. 170; Olivieri voce *Retroattività delle leggi*, nn. 55, 170 in « Digesto ital. ». Tuttavia in una recente sentenza la Cassazione di Firenze, 19 maggio 1921, ha ritenuta l'applicabilità di un calmiere ai contratti di compra-vendita da piazza a piazza. In questa sentenza, più che il principio giuridico di non riconoscere come equivalente alla tradizione della merce la semplice trasmissione della ricevuta di spedizione fatta dal mittente al destinatario che poco, in verità, convince, secondo le giuste osservazioni del Calandrei in *Foro ital.* I, 688 e del Butera, in *Giurisprudenza ital.*, 1921, 968 sg., va piuttosto notata l'influenza della nuova legge anche sugli effetti precedenti, perchè, quest'ultima, di ordine pubblico.

di Dir. giud. civ., *I*, 124, ammettono che possa proporsi; sentenza, questa ultima, seguita dalla giurisprudenza.

b) L'ordine *processuale* va regolato senz'altro dal Codice, anche per le cause messe su prima di esso. E ciò perchè la procedura nuova si presume più perfetta e perciò più utile alle parti.

c) Quanto alla legge *penale*, è unanime insegnamento che vada applicata quella e nel modo che è più favorevole al reo. L'è per questo che ogni pena abrogata dal Codice cessa immantinente, eccettuate le censure già contratte (cc. 6, 5°; 2219, § 2).

19. — Conchiudo senz'altro. Lo scopo che mi prefissi fu quello di richiamare l'attenzione degli studiosi su questo punto importantissimo; il Diritto Canonico non sempre nè in tutto può accettare le conclusioni che si fanno circa i vari diritti civili. Sarò lieto se saprò invogliati a questa, come ad altre simili ricerche, specialmente i giovani, dai quali molto si attende la nostra scienza. La deficienza, già da tempo deplorata su altre Riviste, di opere veramente e sodamente scientifiche, di esami e indagini filosofiche e positive sul Codice, nel suo complesso, come nei principali suoi istituti, è cosa incresciosa davvero, quando si va constatando, invece, un tale interessamento da parte di protestanti.

Roma, marzo 1922.

Prof. S. d'ANGELO.